

PRÁCTICAS PROMOCIONALES EN INTERNET: ¿UNA NUEVA FRONTERA?

NURIA BERMEJO GUTIÉRREZ*

I. INTRODUCCIÓN

1. Internet se ha convertido en un inmenso mercado por el que diariamente pasan millones de consumidores. En datos recogidos recientemente por la AECE (Asociación Española de Comercio Electrónico), en el año 2000 el comercio electrónico en España alcanzó un volumen de negocio de 34.000 millones de pesetas. Esta cifra representa un incremento de un 284 por 100 respecto a la del año 1999. A la vista de tales datos, la AECE estima que el 2002 será el año de despegue del comercio electrónico y que los beneficios producidos por los negocios electrónicos ascenderán a unos 255.000 millones de pesetas¹. No es, entonces, de extrañar que los operadores que actúan en la red estén dispuestos a utilizar las más persuasivas técnicas de marketing para aumentar su número de clientes. Así, por ejemplo, a nadie le sorprende que en una página web aparezcan pequeños mensajes o *banners* sobre la misma que atraen la atención de los internautas y que, con un simple click, conducen a éstos hasta el lugar en el que se desarrolla la promoción². Igualmente, los internautas están habituados a la aparición de ventanas flotantes o *pop-up* que se abren automáticamente al acceder a una web o, incluso, a la aparición de

* Ayudante de Derecho Mercantil U.A.M. Este trabajo se realiza en el marco del proyecto de investigación BJU 2000-0265, que dirige Cándido Paz-Arés.

¹ <http://www.aece.org>

² Los *banners* se remiten a ésta a través de un hiperenlace que conecta el servidor publicitario a la página web cada vez que algún usuario accede a la *homepage*. Sobre el particular, v. P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de internet*, 2ª edición, Madrid, 2001, pp 71-73.

micropáginas (*microsites*) que les bombardean con ofertas de juegos y concursos promocionales desde el mismo sitio consultado³.

Durante años, los *banners* han sido el instrumento ideal para captar la atención de los nuevos consumidores en la red. Su vistosidad así como su virtualidad para ofrecer inmediatamente la información buscada hizo que *ratios* de un 25 por 100 de clickeos fueran absolutamente normales. Sin embargo, desde 1999 la fuerza promocional de estos instrumentos se encuentra en franco retroceso, pues los consumidores se han inmunizado en buena medida frente a ellos. Así, en ese año, la media de clickeos en el mercado estadounidense descendió hasta un 1 por 100. Este descenso explica que los expertos en *márketing on-line* se planteen nuevas estrategias promocionales en la red que van "Beyond-the-Banner"⁴.

Además, no debe pasarse por alto el hecho de que la actividad promocional alcanza mayor intensidad en el medio cibernético que en cualquier otro. Téngase en cuenta que una de las características más significativas de las campañas *on-line* es su capacidad de alcanzar objetivos o *targets* muy concretos. Así, la llamada microsegmentación permite ofrecer a los usuarios un trato diferenciado y único, lo cual resulta prácticamente imposible en las campañas *off-line* o fuera de la red⁵. Esta situación ha generado el recelo de algunos observadores del mundo cibernético⁶. Tal y como se apunta en un artículo publicado en 1999 en la *Indiana Law Journal*:

³ La necesidad de tener que cerrarla para acceder al contenido de la web buscada hace del "pop-up" un instrumento especialmente adecuado para captar la atención del internauta. En este sentido, en la sección de publicidad del portal "eresMas.es" se recomienda su utilización para promover nuevos servicios o para introducir formularios de registro. Por su parte, los juegos, concursos y demás eventos parecen más indicados para realizar acciones puntuales y promocionales.

⁴ Estos datos están tomados del trabajo "The Next Generation of Advertising: How to Target Consumers Online", pp. 1-2, realizado por la agencia de publicidad L90. Éste puede obtenerse en la siguiente dirección de internet: <http://www.business2.com/>.

⁵ Véase el artículo "Promociones.com", publicado el día 16-VI-2000 en la revista especializada "Estrategias". Ésta puede consultarse en <http://www.estrategias.com/>. Desde una aproximación jurídica a esta realidad, insiste en la mayor intensidad que alcanza la publicidad en internet comparada con el ámbito no virtual, DE MIGUEL, *Derecho privado*², pp. 155-156

⁶ Con carácter general, v. J. ROTHCHILD, "Protecting the Digital Consumer: The Limits of Cyberspace Utopianism", *Ind.L.J.*, vol. 74, 1999, pp. 893 ss., *passim*. Consta que la mayor intensidad de la publicidad aumenta el riesgo de que el acto sea desleal desde el punto de vista concurrencial. N. DETHLOFF, "Marketing im Internet und Internationales Wettbewerbsrecht", *NJW*, n.º 22, 1998, pp. 1526 ss., p. 1597. Entre nosotros, comparte ideas similares, DE MIGUEL, *Derecho privado*², p. 155.

*“El crecimiento del comercio electrónico irá inevitablemente acompañado de un incremento de las prácticas dirigidas a defraudar a los consumidores. Al menos un diez por ciento del comercio electrónico se realiza con ánimo defraudatorio. Esto nos sugiere que las pérdidas anuales por prácticas fraudulentas pueden alcanzar en pocos años la cantidad de varios billones de dólares”*⁷.

El tono ciertamente apocalíptico de estas afirmaciones explica que dichos observadores exijan actuaciones legislativas específicas que vengan a poner coto al fraude en ese mundo sin ley que aparenta ser internet. Frente a esto, nuestra hipótesis de trabajo es que internet no es un mundo sin ley, ni mucho menos un mercado en el que el fraude campe por sus respetos⁸. Y los principales interesados en que esto no sea así no son, a diferencia de lo que a simple vista pudiera parecer, los consumidores. Son *los propios proveedores de bienes y servicios de la sociedad de la información*. Tal afirmación se explica porque si se permite la proliferación de prácticas fraudulentas en el medio electrónico, los consumidores tendrán internet por un mercado inseguro que nunca llegará a desarrollar todo su potencial. Este argumento justifica que los operadores estén elaborando códigos éticos o de conducta a través de los cuales tratan regular de forma flexible el desarrollo de la actividad comercial en la red. Pero esa misma razón explica también que la elaboración de éstos se esté favoreciendo por los legisladores (v., p.ej., art. 18 ALSSI). En el ámbito específico de la actividad publicitaria, ejemplos de estos códigos los encontramos, entre otros, en el Código de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad, en las ICC Guidelines on Advertising and Marketing on the Internet y en los European Advertising Standards⁹. Los operadores que actúan en internet reconocen así la necesidad de observar medidas de autodisciplina para transmitir al consumidor la impresión de que el medio cibernético es un medio seguro¹⁰. Desde esta seguridad, los consumidores no dudarán en contratar, pues podrán confiar plenamente en los operadores que allí intervienen. Pero tal interés en

⁷ ROTHCHILD, *Ind.L.J.*, 74 (1999), p. 898.

⁸ J.K. WINN/B. WRIGHT, *The Law of Electronic Commerce*, 4ª edición; Nueva York, p. 15-9.

⁹ Estos textos pueden consultarse en las siguientes direcciones de Internet: <http://www.aap.es/> y <http://www.iccwbo.org/>. Aunque no llega a entender completamente su lógica, intuye que los códigos de conducta elaborados por asociaciones de profesionales constituyen un marco normativo idóneo para regular cuestiones como las comunicaciones comerciales DE MIGUEL, *Derecho privado*², pp. 78-82.

¹⁰ Respecto a su eficacia para señalar la calidad de los oferentes, v. C. PAZ-ARES, “El comercio electrónico (Una breve reflexión de política legislativa)”, *Derecho de internet. Contratación electrónica y firma digital*, Navarra, 2000, pp. 85 ss., pp. 95-96.

crear un medio amable para la contratación no sólo explica la aparición en este ámbito del *soft-law*, sino también la entrada en escena del *hard-law*. Ésta se traduce en la necesidad de aplicar al mercado virtual el bagaje jurídico existente para discriminar aquellas prácticas que pueden lesionar los distintos intereses en juego (p.ej., el interés de los consumidores, el interés de otros competidores, etc.), de aquéllas otras que, en puridad, son inocuas. El propósito de este trabajo reside, entonces, en aplicar categorías jurídicas ya asentadas en determinados sectores de nuestro ordenamiento jurídico a las novedades que nos ofrece ese nuevo mercado que es internet¹¹.

2. ¿Y cuál es el marco normativo que hay que tomar como referencia para enjuiciar la licitud de las prácticas promocionales realizadas en la red? En principio éste vendría dado por la Directiva 2000/31 de 8 de junio, sobre comercio electrónico así como por su norma de trasposición, que, hasta el momento, sería un texto prelegislativo: el Anteproyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (en adelante ALSSI), de 30 de abril de 2001. Éste ha sustituido a la versión anterior de enero de ese mismo año¹². Sin embargo, ninguno de estos textos regula aspectos sustanciales de las actividades promocionales realizadas en internet. Tan sólo el art. 19.1 ALSSI se remite a la normativa vigente en materia comercial y de publicidad. Tal remisión corrige, en buena medida, las limitaciones de la versión anterior, que tan sólo se refería a la Ley General de Publicidad e ignoraba la existencia de otras normas aplicables a esta materia (p.ej., la Ley de Competencia Desleal, la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, etc.)¹³. En la versión actual, la amplitud de la remisión permite entender incluida la citada Ley de Competencia Desleal, que, desde su entrada en vigor se ha convertido en la norma que disciplina todos los actos realizados en el mercado con

¹¹. Entiende que las peculiaridades de internet condicionan la aplicación de la normativa vigente en materia de publicidad y competencia desleal, DE MIGUEL, *Derecho privado*², p. 155.

¹². Este texto prelegislativo puede consultarse en varias páginas web. Entre otras, apuntamos la página del Ministerio de Ciencia y Tecnología (<http://www.setsi.mcyt.es/>), así como la de "Ganar.com", en su sección relativa a legislación (<http://www.ganar.com/legislacion>).

¹³. Tal y como constata J. MASSAGER, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, 1999, p. 63, las remisiones a la Ley General de Publicidad que pasan por alto la existencia de la Ley de Competencia Desleal son una práctica relativamente frecuente en la experiencia legislativa nacional. Sin embargo, utiliza este dato para poner de relieve que la Ley General de Publicidad es una ley especial frente a la Ley de Competencia Desleal y que, por ende, ha de mantenerse inalterada, C. LEMA DEVESA, "La publicidad engañosa en el derecho español", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. I (Introducción y títulos valor), pp. 869 ss., pp. 884-885. Contra esta opinión, v. *infra* nota siguiente.

un propósito o finalidad concurrencial. Siendo la actividad promocional un acto realizado en el mercado típicamente con tal fin habrán de aplicarse a la misma las previsiones contenidas en aquélla. Sólo en los aspectos no regulados por la Ley de Competencia Desleal serán de aplicación las disposiciones contenidas en la Ley General de Publicidad, pero en tanto no se encuentren en contradicción con el espíritu de la primera¹⁴. Asimismo, queda cubierta por la nueva redacción del art. 19.1 ALSSI la remisión a la Ley 7/1996 de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, norma que contiene, por una parte, reglas estructurales que sientan las bases de la distribución comercial en el mercado nacional (arts. 6-12 y 37-63 LOCM) y, por otra, normas relativas al comportamiento de los agentes en dicho ámbito (arts. 13-35 LOCM)¹⁵. Las primeras reglas nos interesan en cuanto que algunas de ellas, y en concreto las contenidas en el título III -relativo a ventas especiales-, han venido a trasponer -aunque de forma algo defectuosa- la directiva 1997/7/CE, sobre ventas a distancia (v. arts. 38-48 LOCM). Su interés radica en que, precisamente, las ventas a través de internet caen dentro de la definición de ventas a distancia que da el art. 38 LOCM y, en buena lógica, le serán de aplicación las disposiciones contenidas en ésta. Las segundas merecen atención en tanto que normas especiales en materia de ordenación de las actuaciones en la distribución comercial que, en algunos casos corrigen para el sector minorista lo dispuesto en la Ley de Competencia Desleal (v., p.ej., art. 14 LOCM en materia de ventas a pérdidas). Como ha puesto de manifiesto la doctrina más atenta, esta corrección responde a un propósito concreto: contribuir al sostenimiento de las formas tradicionales de comercio y, más particularmente, el pequeño comercio¹⁶. En lo que a nosotros nos interesa, la referencia a estas últimas normas será obligada

¹⁴. Entre otros, defienden la coexistencia de la Ley de Competencia Desleal y la Ley General de Publicidad PORTELLANO, *La imitación*, pp. 405-409; MASSAGER, *Comentario*, pp. 62-67. No obstante, como bien observan los autores antes citados, aunque desde posiciones distintas en cuanto a la especialidad de la Ley General de Publicidad, la vocación de regulación unitaria del fenómeno concurrencial que informa la Ley de Competencia Desleal impone la adecuación interpretativa de la segunda a la primera.

¹⁵. Esta idea se encuentra en MASSAGUER, *Comentario*, pp. 86-87.

¹⁶. Que la LOCM se aplica preferentemente sobre la LCD y que ésta sólo se aplica en todo lo no regulado por la primera, lo apunta MASSAGUER, *Comentario*, pp. 91-94. Se hace eco de esta tesis en el ámbito cibernético, DE MIGUEL, *Derecho privado*², pp. 160-161. Respecto del propósito de estas correcciones, v. MASSAGUER, *Comentario*, pp. 92-93. Que éste es, con carácter general, el espíritu de la ley, lo apunta E. BELTRÁN, "Comentario al art. 1 LOCM", en J.L. PIÑAR MAÑAS/E. BELTRÁN (dirs.), *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Madrid, 1997, pp. 25 ss., pp. 28-29.

cuando abordemos el análisis de la deslealtad concurrencial de determinadas prácticas promocionales realizadas en la red.

3. Sentado lo anterior, ya podemos anticipar la siguiente conclusión: en principio no debemos ver con malos ojos el desarrollo de nuevas fórmulas promocionales en internet (p.ej., a través de enlaces o *links*, de *frames*, de *banners*, etc.)¹⁷. O al menos, no debemos verlas con peores ojos que con los que veríamos cualquier otra actividad promocional realizada fuera de la red¹⁸. En este punto hay que recordar que, como ha apuntado el prof. Menéndez “la publicidad, como mecanismo de información, tiene un alto valor para lograr transparencia en el mercado y en general ha de protegerse en cuanto interesa a la «comunicación pública»”¹⁹. Ésta sólo habrá de ser valorada negativamente cuando se den determinadas circunstancias. Dejamos para mejor ocasión el estudio de la deslealtad de las prácticas publicitarias desde la perspectiva de los demás competidores [p.ej., porque supongan un aprovechamiento de la reputación ajena o sean denigratorias, etc. (v. arts. 9 a 14 LCD)] o del interés público en la no obstaculización de la competencia [p.ej., porque supongan la infracción de normas, porque sean prácticas discriminatorias, etc. (v. arts. 15 a 17 LCD)]. Desde el punto de vista del interés de los consumidores, el juicio de deslealtad se producirá, básicamente, en dos momentos: en primer lugar, cuando las actividades publicitarias *limiten la libertad del consumidor para decidirse acerca de uno u otro producto*; y en segundo lugar, cuando éstas *impongan un gravamen injustificado al consumidor*²⁰. El examen de ambas formas de deslealtad va a ocupar las siguientes páginas de este trabajo (v. *infra* II y III).

II. ACTIVIDADES PROMOCIONALES QUE LIMITAN LA LIBERTAD DE ELECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Entre las prácticas promocionales que *limitan la libertad del consumidor para decidirse acerca de los productos* han de estudiarse tres tipos de comportamientos: en primer lugar, las actividades promocionales que generan un

¹⁷. Entre *banners* y buscadores concentran cerca del ochenta por ciento de la publicidad en internet. Así lo expresa M. ALLMENDIGER, “Probleme bei der Umsetzung namens- und markenrechtlicher Unterlassungsverpflichtungen im Internet”, GRUR, n° 11-12, 2000, pp. 966 ss., p. 966 y nota n° 12 en esa misma página.

¹⁸. Tal consideración es compartida por la jurisprudencia alemana. Así lo pone de manifiesto respecto de los buscadores y de los *frames*, H. HOFFMANN, “Die Entwicklung des Internet-Rechts”, NJW, n° 14, 2001, pp. 30-31.

¹⁹. A. MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, Madrid, 1988, p. 129.

²⁰. D. KRÖGER/M.A. GIMMY, *Handbuch zum Internetrecht. Electronic Commerce, Informations-, Kommunikations- und Mediendienste*, Heidelberg-Berlin, 2000, p. 384.

riesgo de confusión (v. *infra* 1); en segundo lugar, las prácticas promocionales engañosas (v. *infra* 2); y, en tercer lugar, el ofrecimiento al consumidor de regalos promocionales o de primas a modo de gancho o cebo (v. *infra* 3). A continuación vamos a examinar por separado cada una de ellas.

1. El elemento característico de los actos de confusión, y por extensión, de la confusión publicitaria, es la aptitud de la práctica para provocar en el consumidor un error acerca de *la procedencia última del producto o servicio que va a adquirir*²¹. En unos casos, el consumidor se forma una falsa o incorrecta representación acerca del origen del producto [p.ej., el consumidor piensa que dos signos distintos o dos productos son uno mismo (confusión directa o inmediata)]²². En otros, se induce al consumidor a pensar bien que los productos o servicios proceden de la misma empresa [p.ej., el consumidor piensa que se trata de un mismo fabricante que ofrece distintas líneas de producto (riesgo de confusión indirecto)], o bien que esa práctica ha sido autorizada o consentida por el titular en atención a la existencia de determinados vínculos económicos entre los empresarios [p.ej., haber obtenido una licencia, la pertenencia a un mismo grupo de empresas, etc. (riesgo de confusión en sentido lato)]²³. Es evidente que este tipo de prácticas atentan contra la capacidad de los consumidores para decidir libremente entre los distintos productos en atención a circunstancias relevantes, como puedan ser el precio y la calidad de los mismos. Por ello, han de ser reputadas desleales (art. 6 LCD)²⁴. La existencia de riesgo de confusión depende, a juicio de la mejor doctrina, de la concurrencia de dos factores: el primero, la existencia de similitud o identidad con signos distintivos prioritarios de alto valor reputacional (similitud conceptual), y el segundo, la existencia de similitud o identidad entre los productos²⁵. En la apreciación del primer factor hay que señalar que las posicio-

²¹ P. PORTELLANO, *La imitación en el derecho de la competencia desleal*, Madrid, 1995, p. 263.

²² Sobre el riesgo de confusión directo, v. PORTELLANO, *La imitación*, pp. 267-268. MASSAGUER, *Comentario*, pp. 167-168.

²³ Respecto de la confusión indirecta o mediata y de la confusión en sentido lato o amplio, v. PORTELLANO, *La imitación*, pp. 268-269. Que el riesgo de asociación incluye el riesgo de confusión indirecto y el riesgo de confusión en sentido lato, lo exponen C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, *Tratado sobre derecho de marcas*, Madrid, 2001, pp. 285-300; PORTELLANO, *La imitación*, pp. 269-274.

²⁴ MASSAGUER, *Comentario*, p. 168.

²⁵ FERNÁNDEZ-NÓVOA, pp. 207-208 y 259-266. En el ámbito cibernético, destaca la necesidad de que exista similitud entre los servicios promocionados a través de la web manifiesta J. MASSAGUER, "Conflictos de marcas en Internet", RGD, n° 648, 1998, pp. 11107 ss., p. 11127. Respecto de la propensión de las marcas de alto valor reputacional a ser objeto de actos de confusión, v. W.M. LANDES/R.A. POSNER, "The Economics of Trademark Law", TMR, vol. 78, 1988, pp. 267 ss., p. 300.

nes doctrinales más avanzadas han puesto de manifiesto el carácter de signo distintivo atípico de las direcciones URL y, por lo tanto, su aptitud para ser utilizado en prácticas confusorias²⁶. En la apreciación de este segundo factor tiene no poco interés la observación de los canales de distribución de aquéllos: difícilmente podrá apreciarse confusión entre productos o servicios que utilizan canales de distribución distintos. En efecto, ningún consumidor llegaría a confundir los productos o servicios de la marca prioritaria con los correspondientes a la marca posterior²⁷. Desde esta óptica se explica, entonces, la resolución del caso “Hasbro Inc.” *versus* “Clue Computing Inc.” en el ordenamiento estadounidense. “Hasbro”, fabricante de un juego llamado “Clue”, demandó a “Clue Computing” por registrar como dirección de su página web <clue.com>. Las diferencias entre sus consumidores potenciales, así como entre los canales de distribución de cada una de ellas llevaron a los jueces a considerar que la utilización de tal nombre de dominio para identificar una página web en la que se promocionaban los productos de “Clue Computing”, no era apta para generar riesgo de confusión entre los distintos productos²⁸.

En el ámbito cibernético, el riesgo de confusión puede manifestarse, en primer lugar, a resultas de la utilización de signos distintivos ajenos como elementos integrantes bien de la dirección URL de la página web, bien de los códigos ocultos de la misma (*metatags*) o bien, incluso, dentro de la propia página web [*v. infra a*]; y en segundo lugar, como consecuencia de las vinculaciones establecidas desde la página web en la que se lleva a cabo la actividad promocional con otras páginas web (p.ej., a través de *links*, o de *frames*, etc.) [*v. infra b*]. Sin embargo, quedan fuera de la constelación de prácticas confusorias aquéllas que en la literatura anglosajona provocan lo que se ha denominado “initial interest confusion” o “initial confusion” (confusión inicial). Como veremos, éstas habrán de reconducirse hacia otras formas de deslealtad [*v. infra c*].

a) Los sitios web de los oferentes son plataformas desde los que éstos promocionan sus productos²⁹. En esa función promocional la dirección de la página

²⁶. Sobre el particular, v. MASSAGUER, RGD, 648 (1998), p. 11116.

²⁷. Con carácter general, v. FERNÁNDEZ NÓVOA, pp. 270-273. En la literatura estadounidense, también v. LANDES/POSNER, TMR, 78 (1988), p. 298.

²⁸. Lo expone también N.L. MARTIN, “The Anticybersquatting Consumer Protection Act: Empowering Trademark Owners, But Not the Last Word on Domain Name Dispute”, *J.Corp.Law*, 2000, pp. 591 ss., p. 600, nota nº 61.

²⁹. Como muestra, un botón: la compañía “Nike” creó una página web dedicada a promocionar una nueva línea de material deportivo para correr y para practicar baloncesto que ha recibido más de 150.000 visitas a la semana. En este caso, el gancho promocional era el ofrecimiento al consumidor de un juego que le permitía experimentar el baloncesto a través de los ojos del famoso baloncestista de la NBA, Vince Carter. Asimismo, y al menos para el mercado estadounidense, la firma “Volvo” volcó la promoción de uno de sus nuevos vehículos en una página web creada a tal efecto y vinculada a la página principal.

desempeña un papel esencial, pues permite a los consumidores asociar la titularidad del sitio web identificado mediante una marca ajena con la oferta de bienes o servicios de determinadas características o calidades (p.ej., las correspondientes a los ofertados bajo dicha una marca)³⁰. Sin entrar ahora a analizar la eventual violación del derecho de marca que podría producirse, en estos casos el riesgo de confusión existe de la misma forma que existe fuera de la red cuando se utilizan signos distintivos ajenos de alto valor reputacional, aun no registrados, para identificar productos o establecimientos³¹. A modo de ilustración sirvan dos ejemplos tomados de la experiencia estadounidense. En el primero, un empresario que carecía de toda vinculación con la compañía “Walt-Disney” registró el nombre de dominio <disneytransportation.com> para promocionar a través de su web un servicio de transporte de viajeros en la zona de Orlando y un servicio de reservas de hoteles en el complejo de atracciones de Disney³². En el segundo, una compañía de Seattle registró como nombre de dominio <candyland.com> y destinó el sitio web a promocionar y distribuir publicaciones para adultos. La compañía juguetera “Hasbro Inc.”, titular del derecho de exclusiva sobre

³⁰. Respecto del valor de las marcas como instrumento que reducen los costes de búsqueda de los consumidores de determinados productos con determinadas características, v. LANDES/POSNER, TMR, 78 (1988), pp. 270-271.

³¹. En esta línea se manifiesta MASSAGUER, RGD, 648 (1998), p. 11128. Con carácter general, respecto de la deslealtad que supone utilizar signos distintivos ajenos no registrados v., MASSAGUER, *Comentario*, pp. 178 ss. Los supuestos estudiados no deben, sin embargo, confundirse con el mero registro de una marca ajena como dirección URL con el propósito de traficar con ella (p.ej., exigiendo un rescate por la misma a su titular), más conocido como *domain-grabbing*. Sobre este particular MASSAGUER, RGD, 648 (1998), p. 11123, apunta que éste no constituye un uso de la marca en el tráfico económico, y por lo tanto, desde la óptica de la lealtad concurrencial, sólo puede ser visto como un acto de obstaculización contrario a la cláusula general del art. 5 LCD. No obstante, matiza su conclusión inicial *ibid*, p. 11125, al afirmar que en algunos casos tal actuación podría ser constitutiva de un acto preparatorio para la lesión de la marca (art. 31 LM). Esta opinión enlaza con la tesis mantenida por los tribunales alemanes. Sobre este punto, v. la interesante sentencia del LG München I “deutsches-theater.de”, de 17-IX-1997 (NJW-CoR, nº 2, 1998, p. 111). En ella, el tribunal considera que el registro como nombre de dominio de un signo distintivo ajeno constituye una violación del derecho de exclusiva que corresponde a su titular, aun cuando a página todavía carezca de contenidos. Y es que, a juicio del tribunal, la reserva de un nombre de dominio con ánimo de negociar con el mismo constituye una actuación que trasciende la esfera privada y tiene consecuencias inmediatas en el tráfico. Por lo que se refiere a la existencia de riesgo de confusión, el tribunal entiende que éste dependerá en última instancia de los contenidos que eventualmente pudieran colgarse de la misma. Para quien desee conocer las consecuencias jurídicas que desde el punto de vista de la lesión del derecho de marca habrían de derivarse, v., nuevamente el trabajo de MASSAGUER, RGD, 648 (1998), pp. 11124-11131.

³². El ejemplo está tomado de MARTIN, *J.Corp.Law* (2000), p. 594.

“Candy Land”, marca registrada para un juego de mesa muy popular en los Estados Unidos, demandó a la primera alegando que tal actuación era apta para hacer creer a un determinado sector del público que “Hasbro Inc.” había patrocinado o, de alguna manera, había consentido tal uso de su marca³³. La conclusión antes sentada no varía cuando lo que hace el oferente es introducir ligeras variaciones en el signo ajeno que utiliza para identificar su propia web³⁴. Entre estos casos, son especialmente significativos aquéllos que han venido en denominarse *typo-piracy* o piratería tipográfica. En ellos, la intención del anunciante es aprovechar bien la mala memoria del usuario o bien algún error al teclear la dirección del sitio web para atraer hasta el suyo a los internautas. Esto sería lo que sucedería si, por ejemplo, un empresario registrara como nombre de dominio <www.soni.es> para su firma de electrónica y a través de tal página web promocionara y distribuyera los equipos de música que fabrica. Ni que decir tiene que éstos no tendrían nada que ver con los productos de la reputadísima “Sony, Inc.”, cuya dirección URL es <www.sony.com>. Sin embargo, la evocación que el primer nombre de dominio generaría en los consumidores es evidente. Por ello, cabe aventurar que no serían pocos los usuarios que terminarían adquiriendo los productos ofrecidos en la primera página web pensando que bien son productos de la marca “sony” o que se trata de una línea especial de productos que fabrica “Sony Inc.” para su distribución a través de internet³⁵. En un ejemplo tomado nuevamente de la experiencia estadounidense, unos “avezados empresarios” pusieron en funcionamiento una página web bajo el nombre “Loyola State University”, en la que ofrecían estudios de licenciatura, de master y de doctorado por importes que oscilaban entre 1995 \$ y 2795 \$ (¡toda una ganga para lo que son los estudios universitarios en Estados Unidos!). En su nombre de dominio utilizaban la denominación de una universidad de prestigio (en este caso, la Loyola Los Angeles University) parcialmente alterada, con el propósito de captar alumnos haciéndoles pensar que la “Loyola State University” era una sucursal de la primera³⁶.

Pero además de su utilización en la dirección URL, el riesgo de confusión también puede resultar de utilizar signos distintivos ajenos de alto valor repu-

³³. J. ROSENOVER, *Cyberlaw (The Law of Internet)*, Nueva York, 1997, pp. 101-104. Entre nosotros, se hace también eco de este *leading case* de la jurisprudencia estadounidense, MASSAGUER, RGD, 648 (1998), p. 11128.

³⁴. MASSAGUER, RGD, 648 (1998), p. 11124-11128.

³⁵. Sobre este punto, v. F.L. STREET/M.P. GRANT, *Law of Internet*, Virginia, 2000, p. 399.

³⁶. ROTHCHILD, *Ind.L.J.*, 74 (1999), p. 909. En este último caso, lo peor de todo no fue que la “Loyola State University” no fuera una sucursal de la “Loyola L.A. University”, sino que ni siquiera existiera para prestar los servicios adquiridos por los consumidores. De ahí que la conducta pudiera encuadrarse también dentro de los llamados actos de engaño que sanciona el art. 7 LCD.

tacional o signos similares a éstos en determinados códigos ocultos de las páginas web, como son los *metatags*. Tal operación tiene por objeto hacer que la página así manipulada sea seleccionada por un motor de búsqueda cuando un usuario introduzca en el mismo la denominación de la marca en cuestión³⁷. Tal efecto puede conseguirse también a través de otras prácticas similares, p.ej., incluyendo repetidamente el signo distintivo ajeno sobre el fondo de la página web y en el mismo color que éste de modo que resulte imperceptible para el usuario, pero posibilite su selección por los motores de búsqueda que realizan su clasificación sobre las primeras palabras de la *homepage*; copiando el código fuente de una página web, para pasarlo a la web propia y reproducir así la web ajena, etc.³⁸. En la medida en que dichas manipulaciones sean aptas para hacer creer al consumidor que los productos ofrecidos en uno y otro sitio web son producidos por el mismo fabricante o que siendo distintos, existe algún tipo de relación entre ellos (p.ej., pertenecen al mismo grupo de empresas, son dos líneas de producto de un mismo fabricante, etc.), estamos, ciertamente, ante una actuación confusoria en el sentido del art. 6 LCD³⁹.

b) El riesgo de confusión puede aparecer, asimismo, como resultado de establecer determinadas vinculaciones con otras páginas web a través de *links* y de *frames*. Como sabemos los enlaces o *links* a otras webs constituyen un recurso habitual en la configuración de las mismas, pues hasta la fecha son el instrumento más adecuado para compartir información a través de la red. De ahí que en modo alguno deban ser valorados *a priori* negativamente⁴⁰. Lo que sucede es que deter-

³⁷. MASSAGUER, RGD, 648 (1998), pp. 11132-11133.

³⁸. Respecto de la primera práctica, v. HOFFMANN, NJW 14 (2001), p. 32. Apunta que en la práctica resulta relativamente sencillo copiar el código fuente de la web, ROSENVER, *CyberLaw (The Law of Internet)*, p. 8.

³⁹. Así, MASSAGUER, RGD, 648 (1998), pp. 11132-11134; DE MIGUEL, *Derecho privado*², pp. 144-145 y 151. En la experiencia alemana, v. la sentencia del LG Mannheim, de 1-VIII-1997. En el caso estudiado, el demandado utilizaba la marca registrada del demandante ("ARWIS"), como palabra clave desde la que identificar a su página web a través de buscadores tan conocidos como "Alta Vista" o "Yahoo". El tribunal apreció la existencia de riesgo de confusión (*Verwechslungsgefahr*) en el sentido del § 3 UWG, pues tal uso de la marca ajena era apto para generar en el tráfico la impresión errónea de que entre la demandante y la demandada existía una vinculación económica o societaria. Dicha sentencia puede consultarse en el recopilatorio privado de resoluciones judiciales relacionadas con internet que se ubica en la siguiente dirección: <http://www.netlaw.de/>. En la literatura estadounidense, v. STREET/GRANT, *Law of Internet*, pp. 374-375.

⁴⁰. MASSAGUER, RGD, 648 (1998), p. 11136. En la misma línea, en la literatura alemana, HOFFMANN, NJW 14 (2000), p. 31, afirma que no existe una posición generalizada en contra de la legitimidad de este tipo de técnica y que habrá entonces que analizar caso por caso el uso que se haga de éstos.

minados usos de los *links* en actividades promocionales pueden plantear alguna dificultad desde el punto de vista de la lealtad concurrencial. En lo que a nosotros nos interesa, hemos de señalar que el riesgo de confusión es mínimo en los supuestos ordinarios de establecimiento de un enlace a páginas web ajenas. Y es que hay que tener en cuenta que, en los tiempos que corren, los usuarios de internet están bastante familiarizados con este tipo conexiones entre páginas y difícilmente entenderán que la presencia de un enlace se explica por la existencia de algún tipo de vinculación económica entre uno y otro empresario⁴¹. Ello, no obstante, no impide que éstos puedan ser considerados como actos de aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno (art. 5 LCD). Tal calificación tendrá lugar cuando el enlace proporcione a quien lo fije unos servicios adicionales a su página web o un valor que de otro modo no tendría⁴². El riesgo de confusión se acrecienta, sin embargo, con el uso de los llamados *deep links* o enlaces profundos. Éstos se caracterizan por llevar al usuario hasta las páginas interiores de otro sitio web sin pasar por la página de inicio o *homepage*. En estos supuestos, resulta más fácil contemplar la posibilidad de que el usuario no se dé cuenta de que ha cambiado de sitio web y considere que el mismo proveedor ofrece los distintos productos o servicios visualizados como distintas líneas de producto o como productos fabricados por el mismo grupo de empresas⁴³. Lo mismo sucede con la utilización de *frames*, esto es, aquella técnica en virtud de la cual un oferente captura páginas web de competidores sobre las ventanas de su propio sitio web y no permite al usuario conocer la nueva dirección a la que se han dirigido. Es claro, pues, que a resultas de tal vínculo, el usuario podría llegar a pensar que el oferente produce todos los productos que aparecen en tal sitio, incluidos los capturados a través del *frame*⁴⁴. El riesgo de confusión está, entonces, servido.

⁴¹. Para que haya confusión es necesario que un número apreciable de consumidores medianamente prudentes sean susceptibles de ser confundidos por la similitud del signo. Así lo observan LANDES/POSNER, TMR 78 (1998), p. 302. Esto explica la conclusión de MASSAGUER, RGD, 648 (1998), pp. 11136-11137, quien entiende que en la hipótesis normal, no parece que el empleo de una marca ajena en un vínculo deba llevar a los usuarios a establecer las conexiones que determinan el riesgo de confusión.

⁴². MASSAGUER, *Comentario*, pp. 156-157. En la literatura alemana, v. S. ERNST, "Rechtliche Fragen bei der Verwendung von Hyperlinks im Internet", NJW-CoR, nº. 4, 1997, pp. 224 ss., p. 225.

⁴³. Esto explica que, al objeto de neutralizar cualquier riesgo de confusión, KRÖGER/GIMMY, *Handbuch*, p. 385 exijan que los cambios en la navegación sean claramente perceptibles por los usuarios.

⁴⁴. Entre nosotros, sin distinguir, considera que la utilización de *frames* puede generar riesgo de confusión DE MIGUEL, *Derecho privado*², p. 152. Más matizada es la posición de MASSAGUER, RGD, 648 (1998), pp. 11138-11139 para quien en determinadas circunstancias el *framing* puede llevar al usuario a pensar que existe algún tipo de vínculo jurídico o económico que autorice tal página.

c) Como avanzábamos, los supuestos de confusión de los que nos ocupamos han de ser diferenciados de aquellos otros que en la doctrina anglosajona se han denominado “initial interest confusion” o “initial confusion” (confusión inicial)⁴⁵. Un ejemplo nos ayudará a explicar tal fenómeno. Imaginemos por un momento que estamos buscando la página web de la librería virtual “<amazon.com>”, cuya dirección URL no recordamos con precisión. Probamos a introducir las primeras letras que recordamos en un buscador (p.ej., “amaz”) o directamente a teclear la dirección que intuimos (p.ej., www.amazonia.es) y encontramos una página web que, sin embargo, está ocupada por otro empresario del ramo. Nosotros, como cualquier usuario medianamente atento que se encontrara en nuestro lugar, nos damos cuenta de inmediato que no estamos en la página web de “<amazon.com>”, sino en una página web distinta (p.ej., porque la página aparece directamente en castellano, porque no se venden discos ni videos, etc.). No obstante, como el proveedor nos ofrece los productos que buscamos, decidimos hacer nuestras compras allí y no en <amazon.com>. Es claro que en una situación como la expuesta no existe riesgo de confusión alguno: el usuario reconoce desde el primer momento la procedencia de los productos y servicios ofertados. Sin embargo, no podemos pasar por alto que tal utilización del nombre de dominio ha permitido al empresario usurpador desviar parte de la clientela del primero hacia su establecimiento. Este dato explica que, en puridad, nos encontremos bien ante un supuesto de obstaculización desleal (art. 5 LCD) o, incluso, de aprovechamiento de la reputación ajena (art. 12 LCD), pero nunca ante un fenómeno de confusión como los que estamos analizando⁴⁶.

2. El segundo grupo de prácticas promocionales desleales realizadas en internet es el que tiene que ver con el engaño. Los actos de engaño se caracterizan por producir en el consumidor una falsa representación acerca del producto o servicio que va a adquirir (art. 7 LCD). Es evidente que este tipo de prácticas perturba su capacidad de decidir libremente acerca de los bienes y servicios ofertados y, por ello, es desleal⁴⁷. Para que ese error o falsa representación sea apto para viciar la voluntad del consumidor, la mejor doctrina ha entendido que ha de versar sobre un extremo relevante de la oferta y que ésta ha de poder ser valorada seriamente por los destinatarios⁴⁸. Ello explica que no

⁴⁵. Entre tantos, v. MARTIN, *J.Corp.Law* (2000), p. 608; STREET/GRANT, *Law of Internet*, p. 401.

⁴⁶. Respecto de los actos de obstaculización, v. MASSAGUER, *Comentario*, pp. 157-159.

⁴⁷. Con carácter general, respecto de los actos de engaño, v. MASSAGUER, *Comentario*, pp. 215-218.

⁴⁸. Por todos, MASSAGUER, *Comentario*, pp. 229-230.

se haya reputado engañosa la expresión “la mejor compañía telefónica de Alemania” vertida en referencia a las tarifas telefónicas ofertadas en la página web de la demandada, cuando el precio de éstas no era en absoluto el más competitivo de todas las existentes en el mercado. En este caso, el tribunal entendió que la presunta oferta era, en realidad, una broma que la propia compañía telefónica hacía de sí misma y que estaba dirigida a un público poco convencional y particularmente informado, al que considera perfectamente capaz de entenderla⁴⁹.

El engaño puede producirse por las indicaciones acerca de los productos y servicios que el oferente presenta en su sitio web, esto es, por lo que el oferente dice de ellos (art. 7 LCD y art. 4.1 LGP). Los ejemplos más abundantes en el tráfico son la atribución de cualidades a los productos o servicios que realmente no tienen (p.ej., la publicidad de los llamados “productos milagro”: supuestos productos terapéuticos que pretenden curar enfermedades como el SIDA o el cáncer, un kit casero para practicar abortos o para auto-esterilizarse, etc.)⁵⁰. Pero también puede producirse error por la información que el oferente calla sobre aspectos relevantes de la oferta, permitiendo así que los consumi-

⁴⁹. Buena prueba del carácter jocoso de la pretendida comunicación comercial era el empleo de expresiones en absoluto habituales en éstas o, incluso, poco serias. Así, lo que decía ser un formulario de contratación estaba redactado en los siguientes términos: “muy señor mío: ahora escúcheme bien” o “por todo ello, le estaré eternamente agradecido y contaré a todo el mundo que el 01051 es la mejor compañía telefónica de Alemania”. Seguidamente se afirmaba que “desde que llamo a través del 0151 mi vida se ha vuelto mucho más hermosa”). V. la sentencia del LG Düsseldorf, de 2-XII-1999, que puede consultarse en <http://www.net-law.de/>.

⁵⁰. Ejemplos de publicidad engañosa en internet tomados de la experiencia estadounidense por ROTHCHILD, *Ind.L.J.*, 74 (1999), p. 907. En la experiencia alemana, resultan ilustrativas de este fenómeno dos sentencias. La primera es la sentencia del LG München I, de 23-V-1999. En ésta se califica de engañosa la expresión “...a partir de mediados de octubre, con 4,2 millones de títulos disponibles en la mayor librería online del mundo” (“...ab Mitte Oktober mit 4.2 Mio. verfügbaren Buchtiteln größter Online-Buchhandlung der Welt”), utilizada en la publicidad en internet de la librería virtual, pues en realidad no todos los libros existentes en el catálogo podían servirse inmediatamente a los consumidores. Esta sentencia puede consultarse en <http://www.netlaw.de/>. La segunda es la sentencia del OLG München de 26-II-1998, recogida en GRUR, nº1, 1999, pp. 71-72. En esta resolución se considera engañosa la promoción en una página web de una agencia de viajes bajo la denominación “Last-Minute-Reisen”, cuando en realidad esta agencia ofrecía viajes en los que la diferencia temporal entre el día de reserva y la fecha de despegue era superior a los catorce días y los precios no se beneficiaban de la reducción característica de esta modalidad de venta de viajes. Para comprobar la proximidad de estos casos con los que acontecen en el mundo real, compárense con los ejemplos presentados por MASSAGUER, *Comentario*, pp. 245-248.

dores se formen expectativas irreales acerca de los productos y servicios que se promocionan en las mismas (art. 7 LCD y art. 4.2 LGP)⁵¹. Esto es precisamente lo que sucedió en el asunto Gateway, tomado de la literatura estadounidense. Gateway 2000, empresa que operaba a través de internet, ofrecía en sus ofertas promocionales una garantía de devolución íntegra del importe satisfecho, cuando, en realidad, de la cantidad reintegrada había que deducir los costes de envío a los consumidores. Además, Gateway anunciaba un servicio gratuito *on-site*, cuando en realidad el servicio *on-site* sólo se proporcionaba al consumidor cuando Gateway diagnosticaba el problema telefónicamente y determinaba que el consumidor no podía repararlo por sí mismo⁵². Además de las enunciadas, el art. 7 LCD contiene una cláusula general que permite reputar desleal cualquier otro tipo de práctica que sea susceptible de inducir a error a los destinatarios de la misma⁵³. Entre estas prácticas, en el medio electrónico podemos destacar, por una parte, la *falta de transparencia de la página web desde la que se realiza la promoción de bienes y servicios* [v. *infra* a)]; y, por otra, la *manipulación de los motores de búsqueda* [v. *infra* b)]. No podemos, sin embargo, cerrar esta constelación de comportamientos engañosos realizados en la red sin antes hacer alguna referencia a la denominada *publicidad encubierta* [v. *infra* c)].

a) La falta de transparencia de la página web puede venir provocada, en primer lugar, por el establecimiento de enlaces a sitios web ajenos. A diferencia de lo que sucedía en los casos de confusión, aquí los *frames* y determinadas formas de enlaces (p.ej., los *deep links*) pueden utilizarse para hacer pensar al consumidor que el oferente vende a través del escaparate virtual de su *web* determinados productos que, en realidad, no distribuye⁵⁴. Asimismo, el

⁵¹. MASSAGUER, *Comentario*, pp. 223-225. Respecto del alcance que ha de tener la omisión para provocar el engaño, v. las interesantes observaciones de A. TATO, "Primeras aproximaciones de la jurisprudencia española a la figura de la publicidad engañosa por omisión: el caso Barclays (Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 51 de Madrid de 4 de mayo de 1995)", RGD, nº 625-626, 1996, pp. 11749 ss., pp. 11753-11759. En la literatura alemana, reconoce que cada vez son más frecuentes los supuestos de publicidad engañosa por omisión relacionado con la promoción de las tarifas de conexión de internet, HOFFMANN, NJW, 14 (2001), pp. 38-39.

⁵². WINN/WRIGHT, *Electronic Commerce*, pp. 15-10 15-12.

⁵³. MASSAGUER, *Comentario*, p. 218.

⁵⁴. Que la exposición en escaparates de productos que, en realidad, no están a la venta es desleal por inducir a error a los consumidores, lo ponen de manifiesto BAUMBACH/HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*¹⁹, § 1 RdN. 13, p. 410. En nuestra doctrina, respecto de la deslealtad de las llamadas ofertas vacías, esto es, las ofertas de productos de los que carece de existencias, pero que son aptas para atraer al establecimiento a los usuarios v. MASSAGUER, *Comentario*, pp. 243-244.

recurso a estas técnicas puede llevar al consumidor a pensar que la calidad de los productos que adquiere es análoga a las de aquéllos otros que se ofrecen a través del enlace⁵⁵. Sin embargo, la falta de transparencia del sitio web también puede ser el resultado de la inserción de marcas reputadas bien en la dirección URL, bien en el *metatag* del sitio web o bien haciendo uso de ella en cualquiera de las prácticas de eficacia análoga ya descritas [v. *supra* 1 a)]. Éstas permiten vincular dicho sitio con la citada marca sin que, sin embargo, existan argumentos que justifiquen tal conexión. Así, cuando un usuario realice una búsqueda relacionada con la marca en cuestión, aparecerá la página web manipulada y podrá llegar a pensar que los productos allí promocionados son de la referida marca o, al menos, son accesorios de éstos (p.ej., son repuestos fabricados para una determinada marca de automóviles), cuando la realidad es distinta⁵⁶. La conclusión, sin embargo, varía cuando existen argumentos que fundamenten la utilización de tal signo en la web. En estos casos, la existencia de tal justificación evita la consideración de la práctica como un acto que provoque en los consumidores una falsa representación de los productos o servicios que van a adquirir.

El *leading case* en este punto lo encontramos en el asunto Terry Wells *versus* “Playboy Enterprises Inc.”, extraído, de nuevo, de la práctica estadounidense. Aquí se trataba de una antigua *playmate* que insertó en el *metatag* de su página web las marcas “Playboy”, “Playmate”, pertenecientes a la firma, Playboy Enterprises. Los tribunales estadounidenses entendieron que era legítima la actuación de Terry Wells, esto es, que no había engaño en la utilización de las marcas referidas, pues existía una vinculación entre la actividad promocionada en la página web y las marcas utilizadas que le autorizaba a emplear ésta como descriptores en los códigos ocultos de la misma⁵⁷.

b) La segunda forma en la que se manifiesta el engaño en el medio electrónico es la *manipulación de los motores de búsqueda*. Una de las fórmulas más extendidas de tal manipulación es la *venta de puestos en los directorios de los buscadores*. Como es sabido, los oferentes aprovechan la fuerza publicitaria de determinados eventos (p.ej., la emisión de una película, o de un evento

⁵⁵. KRÖGER/GIMMY, *Handbuch*, p. 384.

⁵⁶. Con carácter general, consideran como actos de engaño los llamados timos (“Neppe”) BAUMBACH/HEFEMEHL, *Wettbewerbsrecht*¹⁹, § 1 RdN. 12, p. 409. En el ámbito concreto de internet, v. VARADINEK, GRUR, 4 (2000), pp. 284-285.

⁵⁷. Entre tantos, recogen este caso, STREET/GRANT, *Law of Internet*, p. 402.

deportivo, etc.) para colocar sus anuncios. Por su alcance, la puesta en funcionamiento de un buscador presenta la misma fuerza promocional que otros fenómenos del mundo real. Esta circunstancia es tomada en consideración tanto por los anunciantes, que recurren al buscador como escaparate desde el que promocionar sus productos, como por los propietarios del buscador que venden los puestos desde los que ha de llevarse a cabo tal promoción. La inclusión de un anunciante en la lista de resultados puede llevar al consumidor a creer que tal ubicación es la consecuencia de aplicar unos criterios objetivos de ordenación y selección de las páginas, cuando la realidad es bien distinta (a saber, el resultado de comprar un puesto destacado en un apartado de la lista de resultados que lleva por título “los + top”, y que va asociado a una palabra clave o a una categoría de la búsqueda). En situaciones como la descrita, es claro que el consumidor puede padecer un engaño respecto a la neutralidad de la información recibida y que tal engaño puede condicionar su opción final por determinados productos o servicios. Esto explica, entonces, que tal práctica deba reputarse desleal⁵⁸.

Compárense este tipo de prácticas con la creación de secciones separadas de anuncios dentro del buscador que permanecen fijas durante la navegación (p.ej., la sección “los más destacados” del portal “navegalia.com”) y que, por lo tanto, no dependen de la búsqueda. A diferencia de lo que sucedía en el supuesto anteriormente descrito, queda en todo momento claro que se trata de anuncios insertados en un apartado específico de la página web, que versan sobre temas que en principio nada tienen que ver con la búsqueda que el usuario hace en el navegador y, por lo tanto, no aptos para provocar el error en los consumidores.

Otro ejemplo especialmente claro de manipulación de los buscadores son los supuestos de suplantación (*Unterschiebung*). Esta práctica, que no es en absoluto desconocida fuera de la red, tiene por objeto configurar los resultados de las búsquedas realizadas de manera tal que se dificulte el acceso de los usuarios a determinados sitios web en beneficio de un competidor. De este modo, el consumidor podría llegar a pensar que sólo los sitios que aparecen en

⁵⁸. B. VARADINEK, “Trefferlisten von Suchmaschinen im Internet als Werbeplatz für Wettbewerber. –Zugleich ein Beitrag zum Erfordernis des kennzeichenmäßigen Gebrauchs nach neuem Markenrecht”, GRUR, n° 4, 2000. pp. 279 ss., p. 284. Una práctica análoga e igualmente desleal en el mundo real es la que se conoce como arrendamiento de escaparates. Que el arrendamiento de escaparates constituye una práctica desleal por producir engaño en el consumidor lo ponen de manifiesto BAUMBACH/HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*¹⁹, § 1 RdN. 19, p. 412.

la lista de resultados se encontrarían en disposición de cubrir sus necesidades. Tal situación terminaría, entonces, por forzar al consumidor a adquirir los bienes y servicios deseados en el único sitio web que encuentra y no en aquel que él pensaba hacerlo inicialmente. Sin perjuicio de otras calificaciones [p.ej., acto de obstaculización (art. 5 LCD)], la falsa representación que tales prácticas provocan en el consumidor justifican su calificación como acto de engaño⁵⁹.

c) Dentro de la constelación de comportamientos engañosos, un supuesto particular es la llamada *publicidad encubierta*. En ella, la actividad promocional queda oculta a los ojos de los destinatarios de la misma. Tal disimulo impide que los consumidores puedan valorar adecuadamente la información que se proporciona acerca del producto. Tiene entonces sentido que el ordenamiento jurídico prohíba este tipo de prácticas que disfrazan el contenido promocional de información y alteran la capacidad de decisión de los consumidores⁶⁰. Con la lógica de evitar el encubrimiento de las comunicaciones promocionales rige en los medios de comunicación el *principio de separación entre texto informativo y publicidad*⁶¹. En virtud de este principio, la publicidad realizada en medios de comunicación hablados o escritos ha de aparecer debidamente diferenciada del resto de las informaciones contenidas en los mismos (p.ej., a través de la inclusión de la mención "Publicidad")⁶². Internet no es una excepción y así lo confirman los arts. 6 a) de la directiva sobre comercio electrónico, y 20.1 ALSSI⁶³. En ambos preceptos se exige que las comunicaciones comerciales sean claramente identificables como tales. Entonces, cuando se inserten mensajes publicitarios dentro del contenido informativo de una páginas web

⁵⁹. Con carácter general, consideran que los fenómenos de suplantación o *Unterschieben* son desleales BAUMBACH/HEFEMEHL, *Wettbewerbsrecht*¹⁹, § 1 Rdn. 23, p. 414. Respecto de la aparición de tal fenómeno en internet, v. VARADINEK, GRUR, 4 (2000), p. 284.

⁶⁰. MASSAGUER, *Comentario*, pp. 225-227.

⁶¹. Entre nosotros, v. MASSAGUER, *Comentario*, p. 226, cuya concreción normativa reside en el art. 11 LGP y respecto de la que señala que se trata de una forma de publicidad engañosa por su forma de presentación. En la literatura alemana, respecto de la vigencia del llamado *Trennungsgebot* en el ámbito de los medios de comunicación v. BAUMBACH/HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*¹⁹, § 1 Rdn. 30, p. 418.

⁶². ERNST, NJW-CoR, 4 (1997), pp. 226-227; KRÖGER/GIMMY, *Handbuch*, p. 385. Entre nosotros, el art. 5 del Código Ético sobre la Publicidad en Internet declara inadmisibles la publicidad encubierta.

⁶³. En la doctrina alemana, reconocían la existencia de esta obligación de separar contenidos informativos y contenidos promocionales en el *Bildschirmtext*, antecesor de internet, BAUMBACH/HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*¹⁹, § 1 Rdn. 30, p. 418.

deberán incluirse elementos que permitan distinguirlo del resto de la página (p.ej., la mención “publicidad”). Para cubrir tal exigencia no basta con hacer constar en un *link* la dirección en internet de la empresa que realiza la actividad promocional; tiene que constar de forma clara que a través del enlace insertado sobre el contenido informativo se introduce una actividad promocional (p.ej., fijando en una página intermedia una advertencia acerca de los contenidos publicitarios a los que se va a acceder). Tal obligación de identificar las comunicaciones promocionales tiene sentido especialmente cuando concurren dos circunstancias: el primero, cuando a través de un enlace se hace pasar al consumidor de los contenidos informativos de la página web a los contenidos promocionales de otra página web, de modo que pueda pasar inadvertido para el usuario el cambio registrado en su navegación; y el segundo, cuando la página web a la que se accede a través del enlace tiene un nombre de dominio de segundo nivel, esto es, que identifica en la dirección el país de residencia de la web (.es; .fr; .de; etc.), pero no su actividad (p.ej., .com)⁶⁴. Sentado lo anterior, entendemos que es preciso hacer alguna matización a esta regla general. En primer lugar, no será necesaria la separación entre contenido informativo y publicidad cuando un empresario pondere las cualidades de sus productos y servicios en su propia web (p.ej., si entramos en la página web de “Volvo” y junto a la información general de la empresa, encontramos secciones destinadas a la promoción de nuevos vehículos puestos en el mercado). En estos casos, cualquier consumidor racional estará en disposición de anticipar que la información allí vertida no es totalmente objetiva y que el titular de tal página utilizará ésta con una finalidad eminentemente promocional⁶⁵. En segundo lugar, tampoco será necesaria la separación entre contenido informativo y publicidad cuando se incluyan en una determinada página web enlaces a otras que corresponden a empresas patrocinadoras de la actividad de la primera (p.ej., cuando en una de las páginas web del portal “eresMas” se incluye un *link* al sitio de “Siemens”, al que se señala como patrocinador de la información de prensa recibida en dicho portal). En estos casos, al clicar el logotipo de tales empresas, el consumidor no puede contar racionalmente con obtener una información objetiva. Más bien al contrario; el consumidor deberá contar con que, primero, va a abandonar el portal citado y que, después, va a entrar en la página web de tales empresas, tal y como refleja el cambio que se produce en la dirección en el navegador. En éstas, a buen seguro, el empresario llevará a cabo la promoción de sus productos. Dificilmente puede, entonces, pensarse

⁶⁴. DETHLOFF, NJW, 22 (1998), p. 1598; KRÖGER/GIMMY, *Handbuch*, p. 385.

⁶⁵. ERNST, NJW-CoR, 4 (1997), p. 227. Sin embargo, KRÖGER/GIMMY, *Handbuch*, p. 385.

que queda encubierta la actividad publicitaria y, que por lo tanto, haya de considerarse desleal⁶⁶.

3. Pasamos ahora a analizar el tercer grupo de prácticas publicitarias desleales. Como avanzábamos, éstas tienen que ver con la utilización a modo de gancho o cebo de regalos y primas promocionales. Una de las formas de promocionar un producto es realizando obsequios a los consumidores que les inciten a la contratación del mismo. Muchos de nosotros hemos navegado por las páginas de distribuidores de *software* y hemos tenido ocasión de comprobar que nos regalaban un mes de prueba de un antivirus con el propósito de incitarnos a su posterior adquisición o, incluso, que nos invitaban a participar en determinados juegos⁶⁷. Esto es lo que se ha denominado publicidad en especie, como contraposición a la publicidad convencional, que se limita a dar información sobre el producto sin allegar el mismo al consumidor. En principio, estos regalos y estas primas no habrían de plantear dificultades desde el punto de vista de la lealtad de la práctica promocional⁶⁸. A fin de cuentas el consumidor estaría recibiendo algo a cambio de nada. Esto explica que, en línea de principio, el regalo publicitario se considere una práctica leal fuera y dentro de la red, tal y como evidencia lo dispuesto en los arts. 8 LCD y 32 LOCM⁶⁹. No obstante, a pesar de estar admitida como regla general, existen ciertos límites que tales regalos y primas promocionales no deben franquear. En este punto vuelve a ser importante un elemento que ya hemos manejado a lo largo de la exposición: la libertad del consumidor a la hora de contratar o no la prestación o de elegir entre las distintas prestaciones en liza

⁶⁶. ERNST, NJW-CoR, 4 (1997), p. 227.

⁶⁷. Una de las campañas publicitarias en la red más señaladas en los últimos meses ha sido la realizada por Font-Vella, en la que se regalaba una mochila por visitar su página web en la que se promocionaba su agua mineral. Sobre la campaña, v. el artículo "promociones.com", publicado el 16-VI-2001, en la revista "Estrategias". Asimismo, en las nuevas tendencias del marketing *on-line* se tiende a incentivar al usuario a consentir el envío de e-mails o a hacer click en un banner a cambio de puntos o dinero. Sobre estos temas, v. el artículo "Con su permiso", publicado en la revista "Estrategias" el 16-VII-2001. Ambos pueden consultarse en <http://www.estrategias.com/>.

⁶⁸. Respecto de la lealtad de estas prácticas, con carácter general, entre nosotros, v. MASSAGUER, *Comentario*, p. 271. En el ámbito específico de internet, v. KRÖGER/GIMMY, *Handbuch*, p. 385. Respecto de las diferencias entre regalo y prima, v. P. PORTELLANO, "Comentario al art. 32 LOCM", en J.L. PIÑAR/E. BELTRÁN (dirs.), *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Madrid, 1997, pp. 257-259.

⁶⁹. Respecto a las relaciones entre el art. 8 LCD y el art. 32 LOCM, v. MASSAGUER, *Comentario*, pp. 265-266.

(art. 8 LCD)⁷⁰. En la medida en que éstos puedan privar de libertad al consumidor en el momento de decidir entre prestaciones equivalentes deberán reputarse desleales. Siguiendo con los ejemplos que poníamos al principio, es lícito que se regale *software* con un interés promocional y que se fije un periodo de prueba de un mes. Sin embargo, habría que considerar ilegítimo ese mismo regalo de *software* si el periodo de prueba se extendiera más allá de tres meses. Asimismo, es lícito que se asocie una determinada promoción a la participación en un sorteo, pero es ilícito imponer al consumidor la adquisición de un producto para conseguir el premio que le habría correspondido en éste. En el primer caso, el problema no es el tiempo durante el que se extiende la oferta promocional, sino la situación de dependencia que se genera en el consumidor de este antivirus que, después de utilizarlo durante tres meses se siente en el deber moral de adquirirlo a modo de agradecimiento. Entonces, ese deber moral generado artificialmente generaría una presión suficiente en el consumidor para que contratara el servicio promocionado en detrimento de los demás, privándole de su libertad inicial⁷¹. En el segundo caso, la presión psicológica que se ejerce sobre el consumidor para que adquiriera el producto tiene tal alcance sobre la decisión de los consumidores (o compras lo que te ofrezco o no recibirás el regalo que te ha correspondido en el sorteo), que debe ser considerada desleal.

4. Para reducir la posibilidad de que se den este tipo de prácticas en internet no basta con calificar la conducta en cuestión de desleal y reprobarla. El elemento *ex post*, esto es la sanción, ha de complementarse con algún elemento *ex ante* o prospectivo que exija a los prestadores de servicios en internet una adecuación de su conducta a un canon general de comportamiento leal. Esto se consigue a través de la imposición a los mismos de los llamados *deberes previos de información*⁷². Esta técnica no es del todo desconocida en nuestro sistema jurídico. Nótese que la doctrina más atenta ya ha propuesto como solución a los problemas que plantea la homonimia entre los titulares de marcas y los titulares de nombres de dominio en la red la inclusión de “las adver-

⁷⁰. Que este es el interés que se tutela en el art. 8 LCD, lo pone de manifiesto *ibid.*, p. 271. Que la publicidad en especie realizada en Internet no puede eludir tal límite, lo apuntan en la literatura alemana KRÖGER/GIMMY, *Handbuch*, p. 386. En nuestro ordenamiento, remite la cuestión de los regalos en internet al art. 32 LOCM, DE MIGUEL, *Derecho privado de Internet*, p. 148.

⁷¹. Para MASSAGUER, *Comentario*, pp. 274-275, los regalos publicitarios que inducen a aceptar un producto a prueba durante periodos dilatados de tiempo inclinan particularmente a los consumidores a adquirir el producto.

⁷². Que la introducción de *disclosure requirements* ayuda a preservar tal capacidad del consumidor, ROTHCHILD, *Ind.L.J.*, 74 (1999), p. 951.

tencias pertinentes, esto es, (que se) indique con claridad que quien opera en la página web y la identifica con el *domain name* en cuestión no guarda ninguna clase de relación con el titular de la marca [...]”⁷³. Así las cosas, parece claro que para limitar el riesgo de confusión es de interés que el oferente electrónico quede en todo momento identificado de forma clara, apuntando su nombre comercial y su dirección⁷⁴. Esta identificación se realizará típicamente en la página web a través de la que prestan tales servicios. El acceso a dicha información podrá tener lugar de forma directa e inmediata o a través de un enlace o *link*. No obstante, en este caso el *link* debe aparecer en un lugar fácil de encontrar y debe tener una denominación no equívoca⁷⁵. En esta línea, el art. 5 de la directiva sobre comercio electrónico impone a los prestadores de servicios ciertos deberes de información general que permitan a sus destinatarios y a las autoridades competentes acceder con facilidad y de forma permanente a un mínimo de datos acerca de los mismos (p.ej., su nombre; la dirección geográfica de su establecimiento, los datos de su inscripción registral, etc.)⁷⁶. Asimismo, en el art. 6, al regular las comunicaciones comerciales, se exige que en las mismas resulte claramente identificable la persona física o jurídica en nombre de la cual se hagan éstas. Estas previsiones se trasladan al ordenamiento español a través de los arts. 10 ALSSI. A esta necesidad de identificar correctamente a quien realiza comunicaciones comerciales también respondía el art. 10 de la directiva de contratos a distancia, cuyo contenido ha quedado incorporado a nuestro ordenamiento en el art. 40 LOCM. En éste se determina el contenido mínimo en las propuestas de contratación entre los que se encuentra la identificación del proveedor⁷⁷. La introducción de ciertos deberes previos de información también permitirá a los consumidores acceder a información de calidad acerca de los productos que adquieren. Con ello se evitarán no pocos casos de engaño⁷⁸. A esta necesidad de aclarar los contenidos de la

⁷³. MASSAGUER, RGD, 648 (1998), p. 11129.

⁷⁴. También, v. art. 4 del Código Ético sobre Publicidad en Internet y el art. 2 ICC Guidelines, acerca de la identificación del anunciante.

⁷⁵. CAVANILLAS MÚGICA, *Actualidad Informática Aranzadi*, 37 (2000), p. 3.

⁷⁶. Critica la falta de cumplimiento de estos deberes de información, aún no traspuestos, en las “webs” comerciales nacionales, S. CAVANILLAS MÚGICA, “Dieciocho recomendaciones para la empresa que practique comercio electrónico con consumidores”, *Actualidad Informática Aranzadi*, nº 37, 2000, p. 1 ss., p. 2.

⁷⁷. Con razón advierte M. PASQUAU LIAÑO, Comentario al art. 40 LOCM, en J.L. PIÑAR MAÑAS/E. BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Madrid, 1997, p. 312 que “Hay en este precepto más una preocupación por la veracidad e integridad de la publicidad que un problema de información contractual propiamente dicho”.

⁷⁸. ROTHCHILD, *Ind.L.J.*, 74 (1999), p. 951.

oferta comercial también respondía el art. 10 de la directiva sobre contratos a distancia que, como ya hemos dicho, ha quedado incorporado a nuestro ordenamiento en el art. 40 LOCM. Este precepto impone como contenido mínimo de las propuestas de contratación que consten las características especiales del producto; precio y, en su caso, debidamente separados, los gastos de transporte; forma de pago y modalidades de entrega o de ejecución; plazo de validez de la oferta⁷⁹. Tal información ha de proporcionarse de forma clara y visible⁸⁰. Por el contrario, de omitirse información relevante acerca de las características de los productos que pueda generar en el consumidor una falsa representación en el mismo, el comportamiento habrá de considerarse desleal⁸¹. De nuevo, el cumplimiento con estos deberes previos de información se produce bien directamente, sobre la pantalla en la que aparece la oferta promocional, bien a través un *link* a un página subordinada. En principio, no habría que apreciar ninguna dificultad por el hecho de no ser ésta inmediatamente visible en la página web en la que aparece el producto. En tales casos, un simple click permite al mismo visualizar la información exigida⁸². Ahora bien, es imprescindible que el enlace a esta información se presente en la pantalla de forma clara, que el enlace se etiquete de forma correcta para que el consumidor pueda recurrir a éste y descargar la información (por ejemplo, con la indicación de “información adicional”, pero no con un simple asterisco o con la críptica expresión “ayuda”), que el enlace se disponga cerca de la oferta en cuestión, etc.⁸³. Ya por lo que se refiere a la entrega de regalos o de primas, la directiva sobre comercio electrónico exige que en aquellos estados miembros en los que esté admitida la entrega de premios y regalos, la aplicación de descuentos o la promoción a través de concursos o de juegos deberán ser fácilmente identificables las condiciones de acceso a la promoción o de participación y presentarse de modo claro e inequívoco.

⁷⁹. CAVANILLAS MÚGICA, *Actualidad Informática Aranzadi*, 37 (2000), .p. 3. Que la falta de información acerca de las características especiales del producto puede desencadenar las acciones derivadas de la publicidad engañosa lo pone de manifiesto, PASQUAU LIAÑO, *Comentario art. 40 LOCM*, pp. 314-315.

⁸⁰. WINN/WRIGHT, *Electronic Commerce*, p. 15-11.

⁸¹. En este sentido, v. PASQUAU, *Comentario art. 40 LOCM*, p. 314.

⁸². SARZANA DI S. IPPOLITO/SARZANA DI S. IPPOLITO, *Profili giuridici*, p. 24. En contra, v. WINN/WRIGHT, *Electronic Commerce*⁴, p. 15-11, quienes señalan que la FTC ha expresado su disgusto hacia los hipervínculos que exigen al visitante seguir un *link* o enlace para obtener la información deseada. A tales efectos, manifiesta su preferencia por que esta información acerca de la oferta aparezca en la misma pantalla y al mismo tiempo.

⁸³. Dot. com disclosures, que se pueden consultar en <http://www.ftc.gov/bcp/online/pubs/buspubs/dotcom/index.html>.

III. ACTIVIDADES PROMOCIONALES QUE CAUSAN UN GRAVAMEN INJUSTIFICADO AL USUARIO

1. No es cuestión dudosa que las prácticas promocionales que *imponen un gravamen injustificado al consumidor* merecen un juicio de deslealtad, pues infringen la cláusula general de buena fe (art. 5 LCD)⁸⁴. En el medio cibernético, una de las cuestiones más discutidas es la licitud del envío no autorizado por parte de los usuarios de comunicaciones comerciales a través del correo electrónico o *spam*. Sin embargo, la intensidad del debate generado en torno a la admisibilidad del *spam* no debe oscurecer el mismo. En primer lugar procederemos a aclarar que desde el punto de vista de la lealtad concurrencial el *spam* sólo habrá de reputarse desleal cuando, efectivamente, genere un gravamen injustificado para el consumidor (v. *infra* 2). Tal conclusión no ha de verse desvirtuada por argumentos tales como la intromisión que puede representar esta herramienta promocional en la vida privada de los individuos o la lesión del derecho a no informarse que corresponde a toda audiencia cautiva. Como veremos a continuación, son estas razones que no soportan un examen detenido (v. *infra* 3)

2. Internet ha permitido el desarrollo de esta nueva fórmula de *márketing* directo que consiste en enviar mensajes publicitarios a una lista de correo electrónico o a grupos de noticias o a chats, aun sin contar con el consentimiento de los destinatarios⁸⁵. Dicha práctica es la que se conoce como *spam*. Frente al buzoneo tradicional, ésta presenta la ventaja comparativa de reducir los costes de la promoción y de alcanzar una mayor difusión, pues en principio llega a un mayor número de destinatarios. Sin embargo, su principal interés reside en su efectividad: se trata de una fórmula de promoción considerablemente más eficaz que las tradicionales. No hay que pasar por alto que ésta puede focalizarse sobre grupos concretos de individuos con intereses adecuados para centrar en ellos tales campañas⁸⁶. En una primera aproximación a este fenómeno, puede pensarse que el envío de mensajes a través del correo electrónico impondría a los destinatarios de los mismos un gravamen que no tendrían por qué soportar. Para ilustrar tal carga, imaginemos por un momento que cuando abrimos cada mañana nuestro buzón del correo electrónico nos lo encontramos inundado de mensajes y que tenemos que perder dinero y tiempo en leerlos –*a priori* no sabemos cuál es su contenido- y en irlos eliminando para evitar que colapsen

⁸⁴. Sobre la deslealtad de las llamadas ofertas molestas, v. MASSAGUER, *Comentario*, p. 159.

⁸⁵. LAWRENCE/GRANT, *Law of Internet*, p. 153; ROTHCHILD, *Ind.L.J.*, 74 (1999), p. 910.

⁸⁶. “The Next Generation”, p. 3.

nuestro terminal. En estos casos puede afirmarse, con razón, que tal práctica es desleal por ocasionar *un gravamen injustificado al usuario* (art. 5 LCD)⁸⁷. Así cabe presumir que ningún usuario estará dispuesto a aceptar el envío de comunicaciones comerciales que, primero, le obligará a incurrir en diversos costes (p.ej., de conexión para averiguar cuál es el su contenido, en términos de pérdidas de tiempo en leer y eventualmente eliminar el mensaje, etc.), y que, segundo, por su tamaño pueden llegar a colapsar su terminal⁸⁸. Ahora bien, sentado lo anterior, *a contrario* esto significa que habrá de considerarse un comportamiento leal el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas siempre que éstas se encuentren debidamente identificadas (p.ej., a través de la inclusión de la mención “PUBLI.” O “PUBLICIDAD” en el encabezamiento del mismo que sea visible sin que el usuario tenga que abrir el mensaje), y no provoquen un riesgo de desbordamiento. Y es lógico que sea así, pues en estos casos se minimiza la molestia que padece el usuario. Véase que éste ya no tiene que descargar el mensaje para conocer su contenido y proceder a eliminarlo. Al acceder a su cuenta de correo electrónico, la identificación del mensaje en el encabezamiento le permitirá conocer de antemano el contenido del mismo y decidir descargarlo o eliminarlo según su interés⁸⁹. Asimismo, cuando se facilita al usuario la posibilidad de liberar el buzón de los mensajes no queridos y cuando el tamaño de los mensajes es proporcionado a las cuentas de correo de uso habitual, el riesgo de desbordamiento se vuelve prácticamente inexistente⁹⁰.

⁸⁷. En la literatura alemana, comparten esta visión de la cuestión DETHLOFF, NJW, 22 (1998), p. 1598; KÖHLER/ARNDT, *Recht des Internet*², p. 114. Que en estos casos no cabría presumir el consentimiento del usuario, lo apunta HOFFMANN, NJW, 14 (2001), p. 36. Entre las abundantes resoluciones doctrinales, v. la posición de los LG Traunstein (sentencia de 18-XII-1997), y del LG Berlín (sentencias de 13-X-1998 y 14-XI-2000). La sentencia del LG Traunstein puede consultarse en NJW-CoR, n° 2, 1998, p. 109, así como en en <http://www.netlaw.de>. La sentencias del LG Berlín pueden consultarse, la primera en <http://www.netlaw.de>, y la segunda en MDR, n° 7, 2001, p. 391. Entre nosotros, apunta esta idea sin desarrollarla, DE MIGUEL, *Derecho privado*², p. 157.

⁸⁸. Ya se había entendido así por la doctrina alemana respecto del envío de comunicaciones comerciales a través de un precursor de internet, el *Bildschirmtext*. Sobre el particular, v. BAUMBACH/HEFFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*¹⁹, § 1 Rdn. 70, p. 435. Por su parte, se muestran particularmente sensibles al riesgo de colapso, KÖHLER/ARNDT, *Recht des Internet*², p. 115.

⁸⁹. KÖHLER/ARNDT, *Recht des Internet*², p. 114; U. ZEHENTMEIER, “Unaufgeforderte E-Mail-Werbung – Ein wettbewerbswidriger Boom im Internet?”, BB, n° 19, 2000, pp. 940 ss., p. 943.

⁹⁰. KRÖGER/GIMMY, *Handbuch*, p. 387. Sin embargo, en las sentencias del LG Berlín de 2-IV y 14-V-1998, se declara el *spam* desleal siempre que no haya habido consentimiento previo o éste no pueda presumirse en el marco de una relación comercial ya existente. Estas sentencias pueden consultarse en NJW-CoR, n° 7, 1998, pp. 431 y en <http://www.netlaw.de>.

Éstas consideraciones han sido decisivas para que el legislador se pronunciase a favor de tal práctica promocional en el derecho comunitario y, en particular, en dos directivas: la directiva sobre contratos a distancia y la directiva sobre comercio electrónico. La primera no incluye la publicidad realizada a través del correo electrónico entre los medios que precisan del consentimiento previo del destinatario de los mismos. Tal autorización sólo se exige para los sistemas automatizados de llamada sin intervención humana y para el desarrollo de actividades promocionales a través del fax (art. 10.1). En los demás casos, la exclusión de la publicidad exige la oposición manifiesta del consumidor (art. 10.2), que se hará constar en las listas de exclusión o listas *op-out*⁹¹. La segunda directiva dispone en su art. 7.1 la obligatoriedad de que los mensajes publicitarios enviados a través del correo electrónico señalen su condición de tales⁹². Asimismo, en el art. 7.2 se impone a los estados miembros el deber de garantizar que los prestadores de servicios consulten periódicamente las listas de exclusión y que las respeten⁹³. También es ésta la posición de buena parte del ordenamiento federal estadounidense. Particularmente ilustrativa resulta, a nuestros efectos, la ley de California de 1998 que sólo rechaza el *spam* que no cumpla con ciertos requisitos: entre ellos, establecer un número de teléfono gratuito en el que el usuario pueda notificar al emisor su deseo de no recibir nuevas comunicaciones comerciales y la identificación del mensaje en el encabezamiento del mensaje a través de las abreviaturas “ADV” y “ADV.ADLT”, en el caso de publicidad para adultos⁹⁴.

3. Partiendo de la consideración de que el *spam* es un fenómeno análogo a la publicidad telefónica o a la publicidad por fax, existe una corriente de opinión que se opone frontalmente al desarrollo de la actividad promocional a través del correo electrónico por representar éste una intrusión en la privacidad de los usuarios. En efecto, a pesar de las razones que acabamos de exponer, la admisión del *spam* no es la solución seguida ni en el ordenamiento español ni

⁹¹. Apunta el cambio introducido en la Directiva 97/7/CE respecto del proyecto de Directiva de 1993, en la que sí se exigía el consentimiento previo para la publicidad a través del correo electrónico, DETHLOFF, NJW, 22 (1998), p. 1598.

⁹². Además v. punto nº 30 Exposición de Motivos de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico y art. 10.5 Código Ético sobre la Publicidad en Internet.

⁹³. En este mismo sentido, cabe destacar las previsiones contenidas en los arts. 6.6 y 10 del Código Ético sobre Publicidad en Internet. El art. 10.4 consagra el derecho de oposición de los destinatarios de los mensajes promocional, mientras que en el art. 6.6 se prevé la creación de las llamadas “listas de no abonados”, y dispone que la infomación que allí se almacene sea la mínima indispensable para evitar el envío de publicidad por correo electrónico no deseada. También v. art. 5.6 ICC Guidelines.

⁹⁴. LAWRENCE/GRANT, *Law of Internet*, pp. 155-156.

en el derecho comunitario proyectado. La nueva redacción del Anteproyecto de Ley de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico cambia la regla que se había adoptado en la versión de enero de 2001⁹⁵. Ahora el referido texto prelegislativo parte de la prohibición de envío no solicitado de correo electrónico promocional. Éste sólo se admitirá cuando, con anterioridad, el destinatario lo haya solicitado o haya dado su consentimiento expreso (art. 21.1 ALSSI)⁹⁶. Se opta así por un modelo de listas de inclusión u *opt-in*. El contenido de esta regla se reitera en el artículo siguiente al imponer a los prestadores de servicios la obligación de solicitar el consentimiento de los usuarios para utilizar su correo electrónico con fines promocionales cuando éstos hayan debido introducir aquél en el proceso de contratación (art. 22.1 ALSSI). Como no puede ser de otra forma, el usuario podrá o revocar el consentimiento prestado en todo momento, para lo cual el prestador de servicios deberá facilitar medios sencillos y gratuitos (art. 22.2 ALSSI). Además, de conformidad con la regla general de identificación de la publicidad, se establece la obligatoriedad de que el mensaje publicitario sea identificado como tal al comienzo del mismo (art. 21.2 ALSSI). Ahora bien, quizá tenga más sentido que tal identificación se realice en el encabezamiento del mensaje y no al comienzo del texto. La diferencia no es baladí: si la indicación aparece en el comienzo del mensaje, el destinatario se verá obligado a abrir el mismo para saber que tiene contenido publicitario y en modo alguno se eliminarían los costes en términos de conexión, tiempo perdido, etc., derivados de la descarga y lectura del mismo; sin embargo, si la mención aparece en el encabezamiento, ya hemos visto que el usuario conocerá de antemano su condición de mensaje publicitario y podrá deshacerse de él sin padecer las cargas referidas. Por tal solución se decanta también la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2000, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas⁹⁷. En ésta se exige que la remisión de correo electrónico a personas físicas vaya precedido del consentimiento previo de los afectados (art. 13). Como avanzábamos, ambas reglas parten de la idea de que la publicidad remitida por correo

⁹⁵. Esta solución recoge la posición de las asociaciones de usuarios, contraria a la legalización del *spam*. Sobre este particular, v. p.ej., el artículo “Las asociaciones de usuarios, contra la posible legalización del spam”, publicado en “Ganar.com” de 11-VI-2001, en la sección de legislación. En contra, también se han manifestado ciertas empresas españolas de *márketing*; v. artículo publicado en “Ganar.com”, de 12-VI-2001, en la sección de publicidad. Para la consulta de ambos, v. <http://www.ganar.com/>.

⁹⁶. Exposición de Motivos, apartado III.

⁹⁷. COM(2000), 385 final. El texto de la propuesta puede consultarse en <http://eur-lex.int/>

electrónico es un fenómeno análogo a la publicidad telefónica o por fax, en el sentido de que todas ellas suponen un ataque a la privacidad de los usuarios⁹⁸. Sin embargo, tal planteamiento no es del todo exacto. Con carácter general puede afirmarse que el envío no autorizado de correo electrónico no representa ni un atentado contra la privacidad (cuyo ámbito está relacionado con la vida en el hogar, o dentro del círculo familiar) ni mucho menos una intromisión ilegítima en la intimidad de las personas (cuyo ámbito es el de los pensamientos y sentimientos, así como sus exteriorizaciones)⁹⁹. Nótese que, a diferencia de la comunicación telefónica (a la sazón, la más intrusiva en la privacidad de los usuarios), la comunicación a través del correo electrónico se produce cuando el usuario decide conectarse por voluntad propia a su cuenta de correo. Esto explica que no sea apta para interferir en el normal discurrir de la vida en el hogar o familiar. Dicho de otro modo, mientras que la llamada telefónica promocional puede, además de bloquearnos la línea durante unos minutos, estropearnos el final de la película que estamos viendo o interrumpir una comida, esto es prácticamente imposible en el caso del *spam*. Y es que, al igual que sucede con la publicidad que recibimos en el buzón de nuestro domicilio, el *spam* no es *a priori* una actividad intrusiva. Ésta sólo atentará contra el derecho a la libre determinación de la personalidad (art. 9 CE) cuando con anterioridad el usuario hubiera hecho público su rechazo a recibir este tipo de comunicaciones (p.ej., colgando un cartel al lado de buzón que así lo exponga). El riesgo de que el escaso coste del *spam* pueda generar un volumen de mensajes tan elevado que llegue a constituir una intromisión ilegítima a la privacidad de los usuarios (p.ej., por saturar nuestro buzón e impedirnos entonces la comunicación con los demás), queda neutralizado estableciendo listas de exclusión en las que éstos puedan hacer pública su voluntad de no recibir tal correspondencia¹⁰⁰. Aclarado lo anterior, en contra del *spam* también se ha afirmado que lesionaba el aspecto negativo del derecho a la información, esto es, el derecho de los usuarios a no informarse y a no ser molestados en tanto que audiencia cautiva, esto es, un auditorio que no tiene como alternativa razonable el abandono del lugar donde se está emitiendo la información¹⁰¹. Sin embargo, a pesar de su originalidad, éstos son argumentos que no resisten un examen más detenido. En primer lugar, es muy dudoso que los

⁹⁸. V. Exposición de Motivos, nº 21. En contra, con acierto, v. la sentencia del LG Traunstein, de 18-XII-1997 [NJW-CoR, 2 (1998), p. 109, así como <http://www.netlaw.de>].

⁹⁹. Sentencia del LG Kiel, de 20-VI-2000, que puede consultarse en <http://www.netlaw.de>.

¹⁰⁰. Sentencia del LG Kiel, citada en la nota anterior.

¹⁰¹. Defiende esta tesis W. FIKENTSCHER, "Die (negative) Informationsfreiheit al Grenze von Werbug und Kunstdarbietung", NJW, nº 19, 1998, pp. 1337 ss.

usuarios del correo electrónico hayan de verse como una audiencia cautiva. Basar su cautiverio en el hecho de que, a diferencia de lo que sucede fuera de la red, los titulares de cuentas de correo no pueden colgar un cartel en su buzón rechazando la recepción de publicidad es, a nuestro juicio, inexacto. Y lo es porque ignora un dato esencial: la forma que tienen estos usuarios de colgar su cartel rechazando cualquier forma de publicidad es solicitar su inclusión en las conocidas “listas Robinson “o listas” *opt-out*”. En segundo lugar, a diferencia de lo que se ha mantenido, ni el derecho a no ser informado o a no ser molestado son mandatos a los que haya de ajustarse cualquier información o comunicación, sino que se limitan a reconocer al ciudadano el derecho a no tener que soportar ciertas informaciones emitidas por los poderes públicos cuando no sea racional abandonar el medio en el que se está emitiendo la información (p.ej., un medio de transporte, la sala de espera de un hospital, etc.)¹⁰². Fuera de éste ámbito (p.ej., entre los particulares), es cuestionable que tales derechos tengan alguna virtualidad (o al menos, más virtualidad que constituir un mandato para que aquéllos exijan normativamente la observancia de tales derechos). Pero de tenerla, ésta se reduciría a permitir a los ciudadanos ignorar la comunicación remitida. Aceptar, por el contrario, una configuración más amplia del derecho a no informarse nos llevaría al absurdo de considerarlo lesionado cuando, en la estación un viajero nos pidiera cambio para sacar el billete de tren y nosotros no deseamos ser molestados por estar enfrascados en la lectura de una novela¹⁰³.

4. De todo lo anterior se deduce que, primero, no es desleal el *spam* mientras no constituya un gravamen injustificado para el usuario y, que, segundo, no existen otras razones con base en las cuales haya de ser declarado ilícito. Ahora bien, que el *spam* no sea, en línea de principio, una actuación ilegítima no significa que sea una práctica admisible en todo caso. Por una parte, no podemos dejar de señalar que, en no pocas ocasiones, el *spam* hace llegar a los destinatarios mensajes que contienen formas de publicidad reprobables (p.ej., por ser engañosas: *make-money-fast*, *work-at-home schemes*, etc.). Por otra parte, no desconocemos que la formas que tienen los operadores de obtener la dirección de los usuarios no son demasiado respetuosas con la legislación vigente en materia de protección de datos. En todos estos casos, la legitimidad de los mensajes promocionales quedará en entredicho.

¹⁰². Paradigmático es en este caso, los asuntos, extraídos de la experiencia estadounidense y que cita el propio autor. En todos ellos, hay una actuación de un poder público que perturba la paz de los ciudadanos convertidos en una audiencia cautiva.

¹⁰³. Sentencia del Amtsgericht Kiel, de 30-IX-1999, así como la ya citada del LG Kiel, de 20-VI-2000. Ambas pueden consultarse en <http://www.netlaw.de>.

IV. CONCLUSIÓN

Como hemos tenido ocasión de demostrar a lo largo de este trabajo, los problemas que plantea el desarrollo de nuevas prácticas promocionales en internet no son ni más graves, ni desconocidos en el universo jurídico. Éstos son, en buena medida, en reflejo de lo que ya existe en el mundo *off-line*, aunque materializado en un soporte distinto. Por ello, encuentran respuesta en las normas que disciplinan el desarrollo de las actividades concurrenciales en el mercado. Como ya sabíamos al comenzar nuestro trabajo, internet no es, en absoluto, un territorio que esté fuera de la ley terrenal. Lo que desconocíamos era la capacidad del derecho vigente para dar respuesta a las cuestiones que se planteaban en esa nueva frontera. Y como hemos tenido ocasión de comprobar, su capacidad de respuesta es más que suficiente.